

EL DERECHO ROMANO DESPUÉS DE EUROPA. LA HISTORIA JURÍDICA PARA LA FORMACIÓN DEL JURISTA Y CIUDADANO EUROPEO*

1. La relación que el título del Congreso establece entre «métodos y fines de la historia jurídica» y «jurista europeo» impone concretar previamente qué debe entenderse por jurista europeo¹.

El calificativo puede sonar incluso superfluo. Todos nosotros, así como nuestros estudiantes, gozamos de la ciudadanía europea, por ello somos *de iure* juristas europeos. Esta broma fácil pretende sólo recordar que esta adjetivación —como quiera que se entienda— está evidentemente vinculada a una precisa situación histórica e institu-

* Texto revisado y provisto de notas, de la ponencia elaborada con motivo del Convegno della Società Italiana di Storia del Diritto «Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo» (Università di Padova, 25-26 de noviembre de 2005), que aparecerá en las correspondientes Actas. Texto presentado, asimismo, al Seminario Internacional organizado por los Institutos Antonio de Nebrija y Lucio Anneo Séneca sobre «El papel de la Historia en la formación del jurista europeo» celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid los días 22 y 23 de junio de 2006 y que constará, asimismo, en las actas correspondientes. Aprovecho para manifestar mi agradecimiento a la profesora Consuelo Carrasco García por la traducción del texto en castellano, así como por sus apreciaciones respecto del mismo. Mi agradecimiento, también, a todos aquellos colegas que, *publice y privatim*, me han hecho saber sus comentarios y sugerencias propiciando la reflexión acerca del sentido del trabajo que realizamos, y generando en mí la confianza de que todavía es oportuno discutir sobre cuestiones de método.

¹ La expresión es utilizada en Italia incluso en la descripción de los «Objetivos formativos» de la nueva Licenciatura en derecho prevista por el Decreto Ministerial de 25 de noviembre de 2005, es decir, el mismo día en que se celebraba el Encuentro de Padua. Así, el jurista europeo se caracteriza como el licenciado que desarrolla actividades «en el sector del derecho comparado, internacional y comunitario». En este sentido, la definición normativa parece apoyar el enfoque jurídico aquí adoptado.

cional, esto es, a la progresiva construcción de «una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa» (para expresarlo conforme al art. 1 TUE)².

Para afrontar el argumento de modo técnico —evitando recurrir a usos puramente retóricos, del tipo «ciudadano del mundo»— conviene proceder como juristas, delineando el ordenamiento dentro del cual está llamado a operar el «jurista europeo», trasfondo que define en buena parte sus características. Esta premisa, inevitablemente, va a ocupar por sí misma mucho del breve tiempo que nos ha sido concedido. Ahora bien, sin la definición, el debate correría el riesgo de quedar vacío de contenido.

2. La Comunidad europea (en singular) se nos presenta, ante todo, como organización con instituciones propias, es más, disciplinadas éstas por el que el Tribunal de Justicia, desde un dictamen de 1991 (n. 1 de 14 de diciembre de 1991) considera «el texto constitucional de una comunidad de derecho», esto es, el Tratado CEE, sin aguardar a la fallida ratificación del tratado de 2004, «por el que se establece una Constitución para Europa».

Así pues, un jurista que desee considerarse europeo debe conocer las normas fundamentales del ordenamiento comunitario.

En este sentido, se espera del pensamiento jurídico europeo una contribución especialmente constructiva, dado el carácter sin precedentes de la estructura de gobierno comunitaria. Esta estructura impone la revisión de las tradiciones de pensamiento del «ius publi-

² Que no se trata de una simple broma se desprende de la existencia de normas que, aun cuando con algunas restricciones, permiten de modo específico el ejercicio de la profesión forense en Estados distintos del estado miembro en el que se ha obtenido la cualificación como «abogado» (Directiva 48/1989 CEE y 5/1998 CE). Las consecuencias que tal previsión puede tener en la educación jurídica se pueden vislumbrar, por ejemplo, en la declaración *For a European Space of Legal Education* de la *European Law Faculties Association* de 31 de mayo de 2002 (donde —a parte de la ausencia de referencias a la historia jurídica— se aprecia una distinción entre una fase de preparación en el derecho nacional, y una fase de preparación en el derecho comunitario, que parece presuponer una separación entre los dos ordenamientos, como si un jurista que pretende operar dentro de los límites del propio estado pudiera hacerlo prescindiendo del derecho comunitario).

cum Europaeum», y la disponibilidad a superar el orden internacional fundado en la soberanía de los Estados, orden internacional sancionado por el considerado modelo de la paz de Westfalia. Desde este punto de vista, obviamente, la construcción jurídica se debe confrontar con la historia de las instituciones, con la ciencia política y también con la ética, pues el declive de la soberanía se corresponde con la creciente importancia de los derechos humanos, que se inicia en 1969 con la sentencia Stauder, y culmina en la Declaración de derechos fundamentales de la Unión de 2000; incluida ésta como segunda parte del tratado de 2004³.

Más allá del ámbito constitucional (y del de los tratados internacionales), en el ordenamiento comunitario se encuentra, como es sabido, el comúnmente denominado derecho derivado, aquél de los actos aplicativos, de las normas emanadas de las instituciones comunitarias para la consecución de los objetivos de la Unión. Objetivos que son la constitución de un mercado común y la institución de una unión económica y monetaria, con los que se persigue un desarrollo compatible con la conservación del medio ambiente y la elevación de la calidad de vida. A ello se suma el propósito de afirmar la identidad de la Unión en la escena internacional y de desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que se asegure, de una parte, la libre circulación de personas y, de otra, el control de la inmigración, reforzándose, asimismo, el control de la criminalidad.

Es esta una parte del derecho comunitario en la que impera lo que, tanto la opinión pública como la de los expertos, han calificado de exceso de regulación; defecto que las propias instituciones comunitarias se han propuesto subsanar reduciendo el número de disposiciones de 80.000 a 25.000. Se trata de normas emitidas, respetando los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, en los sectores de competencia normativa exclusiva y concurrente.

Un escrupuloso «jurista europeo» debe asumir, también, como objeto de la propia experiencia esta multiplicidad de normas; si bien no *in toto*, al menos sí en tanto en cuanto está llamado a hacerse

³ Que el anunciado declive de los Estados nacionales sea irreversible (y deseable) comienza ahora a ser justamente puesto en tela de juicio, porque —si se observa desde un punto de vista axiológico— los Estados nacionales (de tradición democrática) son la forma organizativa en la que más eficazmente se garantiza la observancia de los derechos humanos.

cargo de las normas de su propio ordenamiento estatal en sus distintas variantes (nacional, regional y local). De hecho, el Derecho comunitario es derecho directamente aplicable en todos los estados miembros (me refiero a los reglamentos) o, al menos, vincula a los estados miembros en los fines, dejando a éstos la elección de los medios idóneos para alcanzarlos (directivas).

Esta situación determina no sólo un incremento cuantitativo, sino que requiere asumir, también, actitudes interpretativas particulares que denominaría como canon del «*favor unitatis*». El derecho comunitario debe ser interpretado —sostiene el Tribunal de Justicia de la Comunidad europea— en aquel sentido que sea más favorable a la integración europea.

Aun cuando percibida como hipertrófica, esta multiplicidad de normas no colma, sin embargo, la totalidad del espacio jurídico, esto es, no ambiciona presentarse como ordenamiento exclusivo para los ciudadanos europeos.

Para un ciudadano italiano la mayor parte de las normas de derecho privado, penal, administrativo, son, todavía, de origen nacional.

En este ámbito actúa, sin embargo, otro factor de «europeización», no tanto del derecho, cuanto de las relaciones. La progresiva construcción de un mercado único favorece el que se estrechen las relaciones jurídicas de carácter transnacional o —como prefiere decir el legislador comunitario— transfronterizas. El que la regulación de esas relaciones transfronterizas pueda caer bajo la competencia de la Comunidad ha sido sancionado por los artículos 94-97 del Tratado de la CE⁴.

La pluralidad de ordenamientos puede, de hecho, representar un obstáculo a la libre circulación de personas, mercancías, capitales y servicios, ya que genera incertidumbre acerca del derecho aplicable y, en los contratantes, dificultades para sopesar las consecuencias de sus propios actos. La Comunidad tiene entre sus deberes la apro-

⁴ Otra cuestión es si la emanación de un código civil uniforme está entre las competencias normativas de la Comunidad Europea. El art. 235 TCE, que atribuye al Consejo el poder de emanar cualquier norma apta para lograr uno de los fines del Tratado, constituye una exigua base, sobre todo a la luz de la reciente tendencia a restringir su alcance. En sentido contrario se pueden invocar también los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

ximación de las legislaciones allí donde la variedad plantee obstáculos al mercado.

La armonización, sin embargo, no ha tenido lugar, fundamentalmente, a través de la unificación del derecho material, tal y como se piensa. El principal sistema con el que se opera a fin de garantizar una eficiente reglamentación de las relaciones transfronterizas, continúa siendo el derecho internacional privado. Se conservan las legislaciones nacionales y, a lo sumo, se interviene para concretar la ley aplicable y el juez competente⁵; sobre todo se asegura en todos los Estados miembros el reconocimiento y la ejecución de las sentencias pronunciadas en los otros estados.

Esto explica, tras la convención de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980 —de la cual está en proceso la transformación en reglamento comunitario— la emanación del Reglamento (CE) 44/2001 («Bruxels I») sobre la «competencia, reconocimiento y ejecución de las decisiones en materia civil y comercial», así como la aprobación del Reglamento (CE) 2201/2003 («Bruxels II») «relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental» y, finalmente, la entrada en vigor del Reglamento (CE) 805/2004 que establece «el título ejecutivo europeo para los créditos no impugnados».

Por tanto, en lo que al derecho privado se refiere, el «derecho europeo» continúa siendo una constelación de ordenamientos autónomos, coordinados según el sistema del derecho internacional privado y la cooperación judicial. Por otra parte, no parece que esta estrategia vaya a experimentar cambios en breve, si se atiende al

⁵ No sólo, como se ha dicho, no se ha procedido a uniformar los ordenamientos privados, sino que se echa en falta, incluso, una decidida iniciativa comunitaria para uniformar las propias normas de derecho internacional privado de los diversos Estados. A parte el iter todavía no concluido del reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, se espera un instrumento comunitario relativo a la ley aplicable a la competencia y a la ejecución de las decisiones en materia de sucesiones; un acto normativo sobre la ley aplicable en materia de separación conyugal, divorcio y anulación del matrimonio («Roma III»); y se está en espera, también, de normas comunitarias sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»; en este sector existe desde 2003 una propuesta de reglamento del Parlamento europeo y del Consejo).

debate científico subsiguiente a la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo sobre «Un derecho contractual europeo más coherente» (68/2003), en la que, al parecer, se abandona la propuesta de un código civil europeo, ciñéndose a propuestas más modestas de «soft law» y limitándose, precisamente, —respecto de programas que comprenden la totalidad del derecho privado—, a la disciplina de los contratos.

Dicho esto, no faltan reglamentos y directivas que inserten, en los ordenamientos nacionales, reglas de derecho privado, por ejemplo en tema de sociedades comerciales, patentes, multipropiedad, desistimiento en los contratos concluidos fuera de los locales comerciales, cláusulas vejatorias, y garantía en las ventas de bienes de consumo.

Son, sin embargo, intervenciones que, aun cuando significativas, están circunscritas a un ámbito concreto (en nuestro código civil italiano inciden especialmente en el libro V) y, sobre todo, están ligadas a los objetivos económico-financieros propios de la Unión, así como permanecen prácticamente vírgenes ámbitos fundamentales como el del derecho de familia y sucesiones y, apenas tocados, los derechos reales, menos ligados a la lógica del mercado común.

Por razones de todos conocidas, la supervivencia de los ordenamientos nacionales es más tenaz, todavía, en el ámbito penal. En este sector la necesidad de derribar las barreras nacionales para reprimir acciones criminales cada vez más transnacionales se lleva, también, a cabo a través de la cooperación judicial y, en particular, a través del mutuo reconocimiento de las sentencias.

Por no hablar del derecho procesal, fuertemente ligado a los ordenamientos judiciales nacionales y a las diversas tradiciones políticas. Como europeo existe, si acaso, el procedimiento de los juicios del Tribunal de justicia y del Tribunal de primera instancia.

Si este es el ámbito en el que deberá operar, el joven jurista europeo debe, ante todo, estar bien versado en el propio derecho interno (civil, penal, administrativo, procesal), incluso en las normas comunitarias directamente aplicables; debe ser, además, capaz de actuar más allá de las fronteras nacionales sirviéndose de los instrumentos que le aporta el derecho internacional privado y la cooperación judicial y, por si esto fuese poco, desenvolverse con soltura en el ámbito de las instituciones políticas y judiciales europeas, amén de contar con una cultura orientada al respeto de los derechos humanos. No se trata de un juicio de valor, sino —salvo que el

análisis sea erróneo— del retrato de la actual experiencia jurídica europea.

3. En esta situación, ¿qué papel formativo corresponde a la historia del derecho y, en particular, al derecho romano, en las Facultades de derecho?

La respuesta es clara: se trata de un papel muy amplio, capaz de habilitarle para recorrer los múltiples caminos que el jurista (ciudadano) europeo está llamado a transitar.

El derecho romano se pondría, sin embargo, en grave peligro como disciplina académica, si su fin principal fuese individuar, a partir de presupuestos históricos, los elementos comunes de los distintos derechos privados de los Estados miembros, y ello con el propósito de su aproximación. No sólo (por retomar algunos de los aspectos tratados) estaríamos infravalorando la contribución que podemos ofrecer a la comprensión y elaboración del nuevo orden constitucional europeo; no sólo nos resignaríamos a abstenernos de hablar sobre los derechos humanos, sino que, incluso en el ámbito del derecho privado —contrariamente a cuanto se piensa—, nos confinaríamos a espacios muy limitados.

La aproximación interesa, como ya se ha visto, sólo a algunos sectores del derecho privado, principalmente aquellos que «tengan una incidencia directa sobre la instauración o sobre el funcionamiento del mercado común» (art. 94 Tratado CE). En consecuencia, si los estudios histórico jurídicos se orientasen en este sentido, deberíamos concentrarnos fundamentalmente en el derecho contractual (justiniano), con el riesgo de encontrarnos, igualmente, en desventaja, pues la tipicidad de los contratos que caracteriza al derecho romano, determina que éste no se halle en las mejores condiciones para servir de fundamento a la construcción de una parte general⁶. Probablemente, encontrarían un terreno más fértil las iniciativas que introducen el derecho romano en ordenamientos jurídicos que están por construir, en los que se parte casi desde cero y respecto de los que no existe una cultura jurídica consolidada: el ejemplo en el que todos pensaríamos es China.

⁶ Piénsese en el tema actualísimo de la conclusión de los contratos *inter absentes*, que ya preocupaba a los pandectistas quienes se interrogaban acerca de los contratos concluidos vía telégrafo.

Además, el romanista debería lealmente declararse incompetente para intervenir (se entiende que en cuanto romanista) respecto de figuras jurídicas de reciente creación. No es casual el hecho de que los estudios sobre el «derecho europeo» hayan privilegiado la venta de bienes de consumo, ámbito en el que pueden encontrarse precedentes romanos, mientras no existe un interés semejante respecto de la más consistente reforma del derecho de sociedades. Siendo realistas, ¿qué aportaciones pueden provenir de un romanista (o de los historiadores en general) en materia de patente europea, cláusulas vejatorias, firma electrónica, entre otros; materias todas en las que las reglas son cada vez más el producto de la «business community» y las realidades a la que se refieren imposibles de reconducir al mundo antiguo, salvo si se recurre a artificios intelectuales fruto de un conservadurismo que desmiente la, tan aclamada, apertura a la actualidad?

Existe, además, otro punto importante. Incluso respecto de las instituciones dotadas de mayor peso histórico, no está claro que la aproximación se haya producido, o se vaya a producir, privilegiando aquello que las legislaciones nacionales tienen en común. Es inevitable que en la redacción del derecho uniforme prevalezcan —por razones culturales o políticas— modelos extraídos de uno u otro ordenamiento nacional, y ello en menoscabo de los otros y de las propias raíces comunes⁷.

Especialmente, hay que tomar en consideración el hecho de que el parámetro que guía (o ha guiado) las intervenciones comunitarias sobre las legislaciones nacionales, es la eficiencia del mercado, si bien atemperado con otros valores tales como la protección del medio ambiente y los derechos humanos⁸.

⁷ La armonización se persigue, también, a través de la competición entre sistemas jurídicos, por tanto a través de una vía que nada tiene que ver con la investigación histórica y que responde, incluso es su sublimación, al criterio de la máxima eficiencia del mercado interior. Se piensa que una cierta uniformidad se conseguirá espontáneamente, como consecuencia del hecho de que cada estado tenderá a establecer normas que favorezcan el comercio y las inversiones para ofrecer a los operadores económicos las condiciones más apetecibles. Con el tiempo —afirman quienes sostienen esta opinión— todos los Estados adaptarán sus ordenamientos a aquel que haya demostrado mayor capacidad de atracción.

⁸ A este respecto hay que observar que el proyecto de una Declaración de derechos fundamentales ha puesto de manifiesto que la integración eco-

Así, pues, las medidas de aproximación se inspiran en criterios distintos de la común matriz histórica, precisamente porque se trata de un derecho que debe responder a fines específicos y nuevos. En definitiva, el riesgo es que de entre los amplísimos caminos que el jurista europeo está llamado a recorrer, la historia se confine a sí misma en una zona angosta y acabe por extinguirse, perdiendo su papel de legitimación «general» del pensamiento jurídico que hasta ahora ha desempeñado y sobre el que volveremos a tratar en la parte de esta intervención en la que abordo mis propuestas.

Se hace necesario poner de manifiesto una previsible consecuencia que podría llevar consigo, desde el punto de vista científico, el mencionado planteamiento. La atribución al derecho romano de la función de proceder a la identificación, a partir de presupuestos históricos, de los elementos comunes de los distintos derechos privados, aun cuando legítima, comporta el riesgo de hacer estéril la investigación, dado que si aquello que es determinante para las raíces jurídicas comunes es el modo en el que las generaciones anteriores han entendido la herencia histórica, estaremos poco incentivados para intentar nuevas interpretaciones de la experiencia antigua en cuanto tal. Paradójicamente, incluso si viese la luz un texto de una obra clásica, por ejemplo de Juliano o Papiniano, esto no cambiaría el planteamiento de los distintos derechos privados europeos, ya que no se trataría de documentos que estuvieron a disposición de aquellos que en época medieval y moderna participaron en la elaboración de los distintos derechos de Europa.

Podría continuar pero prefiero a pasar a la contrapueba. No se puede obviar el hecho de que haber ligado la historia jurídica a la individuación de los fundamentos comunes de los derechos privados europeos ha llevado en Alemania a la decadencia de las cátedras de derecho romano puro, y no sólo de éstas sino, tal y como denun-

nómica no ha sido suficiente como para conferir a la Unión plena legitimidad, de modo que el proceso constituyente —de momento interrumpido— es visto como un «paso de la Europa de los mercados a la Europa de los derechos» (Rodotà). También las futuras normas del derecho privado deberán tenerlo en cuenta, en la lógica (ya sabida por la experiencia nacional) de la subordinación del derecho privado a las normas constitucionales. Por tanto, aunque la pura lógica del mercado no debiese dictar leyes, la política legislativa está destinada a asumir referentes distintos de la mera recuperación de la tradición civilística.

cia un artículo aparecido en la *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, a la desaparición, igualmente, de los otros dos filones históricos tradicionales representados por el derecho germánico y el derecho canónico según la tripartición de la *Savigny Zeitschrift*⁹. De todos es la responsabilidad de no dilapidar la tradición que nos ha llevado a tener el papel formativo hasta ahora desempeñado. No podemos acogernos a una corriente cuyos perjudiciales efectos se han verificado ya: es esta una cuestión acerca de la cual la comparación nos debe aportar alguna enseñanza.

No me parece tampoco una alternativa válida aquella que, quizá impropriamente, definiría como macro-comparación histórico-jurídica, esto es, buscar en el pasado analogías morfológicas de carácter más general. Por ejemplo, no creo que los expertos de derecho comunitario para orientarse entre la pluralidad de ordenamientos, puedan inspirarse y encontrar ayuda en el dualismo *ius civile-ius honorarium*¹⁰. Lo mismo es válido para las macro-analogías, como aquellas que se establecen con los imperios (quizá multiétnicos) menos clarificadoras toda vez que, pretendiendo abrazar fenómenos amplios, deben abandonar las particularidades de las que es rica la historia. No es este el modo de sacar provecho a la herencia histórica.

4. Este es el momento de hacer propuestas. ¿Qué papel corresponde, pues, a la historia jurídica y, en particular, al derecho romano, en la formación del jurista? Entiendo que se trata de un papel fundamental y cada uno de nosotros está llamado a contribuir a él con sus métodos y sus competencias, concientes todos de que, no tratándose ya de derecho vigente, el derecho romano no puede ser más que objeto de, como diríamos en italiano, «riappropriazione». La aceptación de este postulado debería facilitar el diálogo, ya que

⁹ U. Wesel, *Ein Leben für das römischen Recht* (FAZ, 15.8.2005).

¹⁰ Es una analogía que, podríamos decir, está en consonancia con la construcción fijada por la sentencia del Tribunal constitucional italiano n. 170 de 1984, según la cual «la ley interna en contraste con una norma comunitaria es válida pero no aplicable» en tanto es «colocada en un ordenamiento que no quiere interferir en el distinto y autónomo ordenamiento de la Comunidad europea». Otra anacrónica aproximación se podría hacer entre el art. 235 del Tratado y la cláusula de la *Lex de imperio Vespasiano* que atribuye pleno poder normativo al emperador.

parte de la legitimidad de todos los enfoques¹¹. Quienquiera que estudie el derecho romano, cualquiera que sea la tendencia que practique, se encuentra comprometido en un esfuerzo de transmisión cultural, y debe, en consecuencia, encontrar los motivos para hacer relevante el derecho romano en la formación del jurista y en la cultura jurídica moderna. A la luz de cuanto ha sido hasta ahora expuesto, parece incuestionable otro importante aspecto: el hecho de que se hable de la formación de un jurista excluye todas las tentaciones, admitido que existan, de vincular la historia del derecho a estudios distintos de aquellos que se imparten en la Facultad de derecho. Se trata de un postulado banal, pero parece procedente subrayarlo y darlo por sentado.

Dado que el tiempo disponible es poco, indico, casi a modo de «slogan» algunos puntos de un programa para disertar sobre «derecho romano después de Europa». Por otra parte, estoy convencido de que resultará fácilmente comprensible a cuantos —más de los que cabría pensar— partan de comunes premisas culturales y académicas y estén dispuestos a aprehender las implicaciones de los distintos aspectos que, por ello, se dejan sólo indicados.

5. Como primer paso para intentar describir el papel que la historia jurídica reviste para la formación del jurista, sugiero dirigir la mirada a la Facultad de derecho en su conjunto. Desde hace al menos doscientos años, las Facultades de derecho (en Italia y en Europa) acogen una o más cátedras de «historia» jurídica. Se pueden dar muchas explicaciones a esta inversión de recursos; propongo una, que

¹¹ Cuando se procede, sin embargo, a recíprocas descalificaciones infligidas con tono despectivo, temo que no nos percatamos —quizá a causa de la pérdida de memoria jurídica— de que corremos el riesgo de reproducir, a escala reducida, las épicas batallas que hace cinco siglos enfrentaron a los partidarios de Bártolo y Alciato respectivamente, sazonadas con los coloristas insultos transmitidos, de generación en generación, desde Alberico Gentili hasta Domenico Maffei. Este enfrentamiento, por otra parte, fue reactivado hace ya cincuenta años por Koschaker, bajo las etiquetas de neopandectistas y neohumanistas. En los últimos años se ha revitalizado en términos distintos —y, a menudo, mostrando un increíble desconocimiento de los precedentes— si bien la progresiva Unión Europea parece conferirle un ultimátum que, precisamente a la luz de los precedentes históricos, difícilmente se hará efectivo.

combina dos perspectivas analíticas que gozan de una reciente, pero ya sólida elaboración, o sea, las teorías sobre la «naturaleza social de la memoria» y sobre el saber jurídico como «campo social».

Dicho en pocas palabras, tal inversión de recursos se explica, en mi opinión, porque la historia jurídica es evidentemente considerada (no digo que lo sea) por parte de las Facultades jurídicas, como una disciplina necesaria para configurar la *identidad del jurista*, para hacerlo entrar en la comunidad especial de la cual forma parte, identidad caracterizada, más que por nociones precisas, por un complejo *habitus* que implica desde un modo de razonar, hasta un lenguaje sectorial que lo distingue del resto de la comunidad.

En Roma, el ingreso en este selecto grupo tenía lugar por transmisión familiar y cooptación aristocrática, a través de un aprendizaje que consistía en una comunión de vida y un tránsito hacia la edad adulta. Hoy la educación del jurista tiene lugar en la Universidad y sólo en un segundo momento mediante la práctica profesional, regida, no por casualidad, por la lógica de las relaciones sociales indicadas¹².

Por tanto, la matrícula en la Universidad implica el acceso a un grupo social en sí mismo y, familiarizar a sus miembros con el *pasado colectivo* de ese grupo es el esfuerzo principal para asimilarlos al mismo. En el fondo, tener una cultura es dirigir la mirada al álbum familiar y poder reconocer a los propios antepasados. En ello consiste, precisamente, la naturaleza «social», compartida —no meramente individual— de la memoria.

No por casualidad las materias históricas se disponen al comienzo del currículo, precisamente porque actúan como puerta de acceso a la nueva comunidad, de cuyo pasado son portadoras. Por tanto, considero decisivo que, también en el nuevo orden que de la docencia se haga, la enseñanza del derecho romano permanezca en primer curso, pues sólo así podrá desempeñar la función de *imprinting*¹³.

¹² Bastaría reflexionar sobre esta distinción, para comprender cuán infundada es la pretensión de convertir a la Universidad en más práctica, siendo su rol, por definición, distinto del aprendizaje aplicativo, y cuán ambiguo aparece el carácter de las Escuelas de práctica jurídica, que intentan combinar los dos perfiles.

¹³ Este auspicio expresado en la ponencia del Seminario de Padua se ha visto realizado mediante la contemporánea reforma del 1+4 (de 25 de

No insisto más acerca de esta función, sino para decir que su importancia puede explicar la relación de *odi et amo* respecto de nuestras materias. Añado sólo que esta dinámica de legitimación buscada en el pasado se manifiesta también en otros aspectos. Así, por ejemplo, en la Universidad, los organizadores de cualquier evento intentan que su celebración tenga lugar en un aula histórica. Y, ¿a quién no le ha sucedido, mientras presentaba la Facultad en una conferencia de orientación, escuchar a un colega positivista hacer llamamiento —como argumento entre los más convincentes— precisamente a la tradición de la sede, a las aulas y hasta, quizá, a los orígenes medievales del *Studium*?

Aun dotada de la importancia que esta función «iniciática» le atribuye, la historia aparece hoy, sin embargo, debilitada. El motivo es simple: utilizando palabras de Paul Valéry «la sociedad ha dejado de asemejarse». El actual sistema social se está orientando hacia una autojustificación en la que prima el criterio de la eficiencia y que se basa en el presente (un síntoma de ello lo constituye el análisis económico del derecho).

Existen, también, sin embargo, razones específicas de la historia jurídica. Es necesario partir del hecho notorio de que toda sociedad elige su historia. Por ejemplo, antes de la primera guerra mundial se decía que Italia se había forjado como comunidad nacional desde el «Risorgimento»; después el acento se trasladó a la «Resistenza», ahora retorna al «Risorgimento». Pensemos, por otra parte, en la relevancia que en términos de identidad asume la disputa historiográfica sobre la masacre de los armenios en Turquía o a las *querelles* suscitadas en Francia por la ley de 23 de febrero de 2005 que impuso el conocimiento, a través de los programas escolares, de «el papel positivo de la presencia francesa en ultramar, especialmente, en el Norte de África». Un fenómeno semejante parece percibirse en España en los últimos tiempos respecto de la exaltación, por algunos, de la II República, como modelo de identidad.

Del mismo modo, la más pequeña comunidad de juristas puede cambiar, también, sus preferencias.

noviembre), que de hecho ha reunificado en Italia el plan de estudios para la licenciatura de Derecho (antes dividida en dos licenciaturas, 3 + 2) y ha previsto la enseñanza obligatoria del derecho romano en el primer año.

Se ha asistido así, por poner un ejemplo, a la pérdida de interés por el derecho medieval que, sin embargo, constituye, en el siglo XIX, el momento del nacimiento de la historia del derecho italiano, ya que en el medievo tuvo lugar el encuentro entre el elemento romano y el elemento germánico, que fue la cuestión crucial de nuestro «Risorgimento». En el centro de atención se encuentra hoy la época de las codificaciones, que promete (o prometía) reflejar mejor el sistema jurídico actual. Por otra parte, la historia de las codificaciones, siendo en gran parte historia (a menudo, por desgracia, historia externa) de circulación, imposición e importación de modelos, puede sintonizar, fácilmente, con la metamorfosis en curso, de la historia del derecho italiano en historia del derecho en Europa (superación del horizonte nacional que tiene, a su vez, un evidente enganche con el contingente proceso de cesión de soberanía de los Estados en pro de la Unión).

Para comprender, desde este punto de vista, la crisis que, sin embargo, atenaza al derecho romano como objeto de estudio, es necesario partir de aquel que ha sido su punto fuerte, esto es, del hecho de que, incluso después del fin del *ius commune*, este derecho ha gozado del nexo especial que ligaba la historia de Roma a la historia de Italia¹⁴. Nexo que ha sido alimentado de diferente manera en sentido nacionalista, entre la Unidad de Italia y primera mitad del siglo XX.

No por casualidad, en otras naciones, pienso en Francia o Alemania, la mayor debilidad de este vínculo (o incluso del contraste del romanismo con algunos valores nacionalistas) ha determinado una más rápida preterición. Hoy también entre nosotros este nexo aparece debilitado, ya que la historia nacional cede el paso a la dimensión supranacional y porque el relativismo cultural tiende a colocar la historia romana (y griega) en el mismo plano que otras historias del pasado¹⁵.

¹⁴ F. Serafini, *Elementi di diritto romano*, I, Pavia 1860, 5 «Per noi Italiani esiste uno speciale motivo che dovrebbe invogliarci allo Studio del Diritto di quel Popolo cui noi apparteniamo, ed è che lo possiamo chiamare diritto nostro, diritto nazionale, diritto italiano; sì, esso è diritto italiano tanto nella sua origine, quanto nel suo ulteriore sviluppo e perfezionamento, che nella sua attualità».

¹⁵ Está claro que toda propuesta, como la presente, de asumir (o mantener) el derecho romano como objeto de transmisión cultural, parte de la

Así, mientras la historia del derecho italiano consigue transformarse en historia «europea» del derecho (no historia del «derecho europeo»)¹⁶, el pasado romano encuentra dificultad en mantener su específica atracción. No es casualidad que del rico legado romano se intente destacar y valorar el multiculturalismo del imperio, tal y como propone el afortunado libro de Rémy Brague, según el cual el rasgo cultural esencial de Europa sería, precisamente, la capacidad, heredada de la civilización romana, de asimilar las aportaciones positivas de culturas precedentes y distintas entre sí¹⁷.

Por otra parte, precisamente el hecho de que la historia del derecho moderno se haya concentrado en la codificación, esto es, en un momento que algunos interpretan como de fractura respecto del *ius commune*, ha oscurecido el vínculo entre el derecho romano y el presente. Es éste un argumento sobre el que se ha escrito mucho, por lo que no procede en este momento retomarlo para abordarlo necesariamente con brevedad. Ciertamente los bajorrelieves de Simart, que en el Hospital de Los Inválidos circundan la tumba de Napoleón e ilustran sus hazañas, deberían servir de advertencia a los turistas menos distraídos, especialmente a los juristas¹⁸.

Naturalmente, el remedio para esa relajación del nexo entre historia nacional e historia romana no es intentar reavivar la idea de Roma antigua. Es necesario, sin embargo, aprovechar la fuerza contenida en el hecho, ya resaltado, de que las disciplinas históricas son el depósito de la identidad del grupo social de los juristas —y

idea de que éste (así como otros productos culturales del mundo clásico) posee determinados valores que lo hacen más formativo, en términos de humanidad y de profesionalidad, que el estudio de otras experiencias del pasado.

¹⁶ Vid. A. Padoa Schioppa, *Verso una storia del diritto europeo*, en *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003, 567-596.

¹⁷ Vid. en el apéndice a este trabajo, la Selección bibliográfica.

¹⁸ Como es sabido, el bajorrelieve dedicado al código napoleónico reproduce al emperador sentado en el trono, quien, con la mano derecha señala al «*droit romain*» portado por un anciano, mientras la mano izquierda la extiende sobre el nuevo código; se trata de un gesto que subraya, sin duda, la modernidad de la nueva legislación, pero que al mismo tiempo reconoce la continuidad con el derecho romano y la intangible actualidad de éste. Asimismo resalta, por contraste, la suerte reservada al «*droit coutumier*», que es destruido, y a los libros de la doctrina, esparcidos por el suelo sin ningún orden.

como tales mantienen un sólido arraigo en las Facultades jurídicas —para intentar llenarlas de nuevas funciones.

Para hacerlo debemos reconocer que nuestros principales interlocutores son los estudiantes, a los cuales debemos transmitir un *habitus*. Muchos malentendidos nacen del hecho de no aceptar esta condición, como si se tratase de una dignidad inferior, sin percibir, sin embargo, su profundo valor y sin elaborar, en consecuencia, estrategias congruentes.

Oportunamente la palabra formación aparece en el título del seminario. La nuestra es una función formativa.

6. ¿Cómo desarrollarla? El punto de partida es ineludible. En cuanto que profesores de derecho romano, nosotros no podemos ocuparnos más que de derecho romano. No nos está permitido reaccionar ante la crisis modificando nuestro objeto de estudio¹⁹. Es posible que se trate de un objeto difícil de proponer como relevante, ahora bien, quien esté en la firme convicción de que éste ha quedado obsoleto, no tendrá otra opción más que la de abandonarlo.

Consideremos, pues, el objeto de nuestro estudio. Para establecer qué sea el derecho romano, el factor decisivo es la documentación, son los textos, a través de los cuales accedemos a esta experiencia del pasado.

Desde este punto de vista, el derecho romano, para quien quiera comprenderlo históricamente, está esencialmente representado por los textos recogidos en el *Corpus Iuris* y, principalmente, por los escritos de los juristas recogidos en el Digesto. Esto nada tiene que ver con el hecho de hacer semblanzas biográficas o practicar otro tipo de enfoques externos (y ni siquiera con la búsqueda exasperada de presuntas controversias entre juristas que hoy parece tomar el papel del interpolacionismo)²⁰.

¹⁹ El riesgo que corre quien practica este tipo de operaciones es el del cuervo blanco en la *fabula* de Ovidio *Metam.* 2, 531 ss., que era despreciado por los demás cuervos, porque era distinto de ellos, siendo tratado del mismo modo por el resto de los pájaros que lo percibían como distinto.

²⁰ Quien trata con excesiva desenvoltura (y sin respeto) los textos de los juristas antiguos debería recordar la advertencia de Quint. 10.1.26: *Modesto tamen et circumspecto iudicio de tantis viris pronuntiandum est, ne, quod plerisque accidit, damnent quae non intellegunt*.

La importancia de los textos contenidos en el Digesto depende del hecho de que el derecho romano es un derecho jurisprudencial, es decir, que el deber de individuar el *ius* fue reservado prevalentemente a los jurisconsultos. Esto es lo que atribuye a sus obras un valor inestimable en sentido técnico, en tanto que en ellas se compenetrán los distintos niveles de la experiencia jurídica, me atrevería a decir que de todos los niveles, desde el normativo hasta el aplicativo, pasando por la elaboración intelectual²¹.

Los juristas no se limitaron a formular reglas y principios, sino que caracterizaron al *ius* en relación con los hechos sociales que ellos mismos habían reducido a supuesto de hecho. En consecuencia, nosotros actualmente, a través de las obras de los *prudentes*, accedemos directamente a la experiencia romana, sin tener que realizar operaciones de distorsión, tales como aquellas que implicaron hasta el Medioevo y todavía implicarían, los intentos de hacer extensibles las soluciones de los juristas a hechos sociales distintos de aquellos que motivaron aquellas soluciones.

Este modo de actuar decae en el curso del siglo III d.C., de modo que quien quiera conocer el «derecho vigente» en la época tardo romana debe reconstruir a posteriori un sistema a partir de materiales heterogéneos que ignoramos cómo habrían sido interpretados por los contemporáneos. Esta es la razón por la cual el estudio del derecho tardo imperial, aun legítimo desde un punto de vista historiográfico, tiene un valor objetivamente distinto en lo que a la formación del jurista se refiere.

7. Si esta es la naturaleza del derecho jurisprudencial, tal y como se refleja en los documentos, a esto debe atenerse nuestra docencia, según el criterio retórico del *kairón*, de la adecuación o proporción, por tanto, no se trata sólo de exponer a los estudiantes los resultados, las instituciones y las reglas, sino de hacerles partícipes, en la medida de lo posible, de la elaboración que ha conducido a tales resultados.

Ha de quedar claro que no tengo en mente un enfoque casuístico aleatorio o *quasi* aleatorio, sino un equilibrado programa institucional que, al aportar determinadas nociones básicas, implique al

²¹ Reenvío a D. Mantovani, «La letteratura giurisprudenziale», en E. Gabba, *Storia e letteratura antica*, Bologna, 2001, pp. 107-116.

discente en la reflexión que ha llevado, por ejemplo, a enuclear el régimen del error en el contrato de compraventa, la conservación de la posesión sobre los animales salvajes, la configuración jurídica del *peculium castrese*, entre otros.

En mi opinión, el fin del derecho romano no es otro que el de demostrar de modo persuasivo, a los ojos del estudiante, que el derecho es un hecho intelectual; convirtiéndolo en testigo de los hechos y del trabajo de los juristas antiguos, acerca de lo cual él debe meditar.

Yo propongo, e intento poner en práctica, una docencia de Instituciones en la cual, partiendo de la configuración de los poderes y de los *status* en la época arcaica, con la aportación de los negocios y de las *actiones*, se muestre desde dentro, cómo han sido elaboradas las principales instituciones que forman el derecho clásico. Me centro en el derecho clásico precisamente porque en este momento está documentada la elaboración global del ordenamiento, en el sentido antes descrito de reducción de los hechos a supuesto de hecho y de determinación de la relativa disciplina jurídica.

Con el tiempo me he ido convenciendo de que la historicidad del derecho —por lo menos del derecho romano— consiste precisamente en esto, en la posibilidad de recorrer el razonamiento que ha llevado a determinadas soluciones.

Esta consideración exige una matización. En Alemania, y en parte entre nosotros, se practica —y frecuentemente a alto nivel científico— una investigación que revisa instituciones y modelos partiendo de la base romanística hasta nuestros días, por tanto, también en este caso, con el intento de mostrar una elaboración.

La diferencia fundamental respecto del estudio basado en el Digesto que yo propongo, es que Rogerio y Piacentino y Domat y Windscheid no son personajes de un único escenario histórico, como Juliano o Papiniano. Con este tipo de estudio se corre, pues, el riesgo de elaborar a posteriori un diálogo que no ha tenido lugar nunca, y de componer una historia sólo a nivel de los doctos, sin la verificación de la efectiva difusión e influencia de sus ideas, en la práctica y en las jurisdicciones que, como bien saben los historiadores del derecho moderno, es dimensión constitutiva de la historia.

Retornemos, pues, a la enseñanza «genética» llevada a cabo a partir de los textos romanos. Esto implica, evidentemente, una renuncia a buena parte del planteamiento o base dogmática, esto es,

a las categorías pandectísticas. No se trata, obviamente, de una renuncia al tecnicismo del derecho; es, más bien, la búsqueda del tecnicismo romano, respecto del cual prevalece en la enseñanza actual, la descripción normativa basada en las Instituciones. Me limito a recordar que el propio Savigny, mientras ofrecía una inigualable exposición de la parte general del «derecho romano (todavía) actual», afirmaba que el *System* mismo era sólo un medio, un instrumento, siendo el fin, precisamente, la lectura y la comprensión de los juristas romanos²². Al mismo tiempo y coherentemente, para Savigny, reducir la enseñanza del derecho romano exclusivamente a las Instituciones significaba transmitir un conocimiento superficial y por ello, pronto desaparecido²³.

²² *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin 1840, p. XXV: «Indem wir uns nun mit Ernst und Unbefangenheit in ihr (scil.: de los juristas romanos), von dem unsrigen so verschiedenes, Verfahren hinein denken, können auch wir uns dasselbe aneignen, und so für uns selbst in die rechte Bahn einlenken»; *ibid.*, p. XXVII: «Das vorliegende Werk ist ganz besonders dazu bestimmt, die hier dargelegten Zwecke ernstlicher Beschäftigung mit dem Römischen Recht zu befördern: vorzüglich also die Schwierigkeiten zu vermindern, die den Juristen von praktischem Beruf von einem eigenen, selbstständigen Quellenstudium abzuhalten pflegen». El éxito de la parte general ha obtenido el efecto contrario, tal y como reprocha M. Villey, *Philosophie du droit. I, Définitions et fins du droit*, Paris 1975: «En affectant d'expliciter les principes romains, l'idéalisme a substitué au langage romain, à la science juridique romaine, une autre science, un autre langage présentés comme seuls rationnels, une fois pour toutes imposés par la raison pure. D'où vient que nos romanistes, élevés au sein de cette philosophie, s'y laissent prendre. Ils vous exposent les *solutions* du droit romain en les *transposant* dans ce nouveau système de pensée, dans les catégories modernes de propriété, de contrat, de droit, de loi, de justice etc.; c'est-à-dire qu'ils manquent l'ABC de la science juridique romaine, ce qui serait le plus précieux *pour nous*».

²³ F.K. Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, en Thibaut und Savigny, *Ihre programmatischen Schriften*, Mit einer Einführung von H. Hattenhauer, München 1973, (= traducción italiana de F. De Marini, en Savigny, *Antologia di scritti giuridici*, Bologna 1980, p. 65 s.): «Un'opinione completamente opposta e molto diffusa sostiene che il diritto romano dovrebbe e potrebbe essere preso molto più alla leggera ... A questi scopi, si ritiene, sarebbe superfluo il dettaglio difficile e ci si potrebbe accontentare di quel che vien chiamato lo «spirito» del diritto romano. Ora questo spirito consiste in ciò che

Habiendo perseverado durante dos siglos en la progresiva reducción de la enseñanza a las Instituciones, vemos ahora realizarse la profetizada marginación del derecho romano del centro de la formación esencial del jurista. Es tiempo de aceptar el diagnóstico implacable de Savigny, con más motivo ahora que también el derecho privado vigente se contempla en los programas de la facultad de derecho en un formato institucional semejante, lo que genera una duplicidad de las enseñanzas en modo alguno justificable. Pero, soy consciente de ello, este es un punto acerca del cual, ni siquiera el nombre de Savigny y la demostración de esa verificación o realización de su vaticinio, puede modificar *habitus* profundamente afianzados²⁴; baste decir que el paralelismo de los cursos de Instituciones (de derecho romano y privado) se ha convertido, para muchos, en la errada convicción de que es precisamente esa analogía la razón que justifica la permanencia del derecho romano en el currículo de los estudios jurídicos.

La propuesta de enseñar el derecho romano manteniendo, sin embargo, en la medida de lo posible, sus características específicas —en particular siguiendo desde dentro la elaboración que ha conducido a la configuración de las instituciones y los razonamientos que motivan las decisiones de los casos— corresponde,

altrove vien chiamato Istituzioni, e che per un primo orientamento può fornire un ottimo servizio: i concetti e le norme più generali senza verifica critica, senza studio delle applicazioni e soprattutto senza ricerca delle fonti... Ma questo studio è assolutamente inutile, e se non si vuol fare altro, allora è del tutto perduto anche il poco tempo che ciò richiede: l'unica utilità che può avere è la conservazione del nome e della forma esterna della nostra scienza, e con ciò forse può esserne facilitata la rinascita in un tempo futuro e migliore. Ma questa è un'opinione disperata, in particolare, quando suppone che un futuro legislatore ... possa accontentarsi di una conoscenza così lieve e superficiale, la cui definizione più felice è la parola francese *teinture*».

²⁴ Se centra, también, en las instituciones la reciente propuesta de O. Diliberto, *Sulla formazione di un giurista (a proposito di un saggio recente)*, en *Rivista di diritto civile* 51 (2005) 109-115, para quien «non è detto che i risultati della ricerca nel campo del diritto romano debbano necessariamente costituire parte del bagaglio culturale e strettamente tecnico del giurista positivo», si bien «sono ben vive le istituzioni di diritto romano» (la cursiva corresponde al texto original).

por otra parte, a una orientación que se viene afirmando en pedagogía, esto es, el constructivismo, corriente que recomienda entre otras directrices la de: poner el énfasis en la construcción del conocimiento y no en su reproducción; evitar excesivas simplificaciones representando la complejidad del mundo real; proponer ambientes extraídos de la práctica, basados en casos, antes que en secuencias de nociones y propiciar prácticas reflexivas²⁵.

Estos postulados parecen el fiel retrato de aquello que se puede hacer con el derecho romano enseñado a los estudiantes del primer año, con un congruente número de créditos y con un manual que sea el fruto de esta experiencia.

Obviamente, se hace necesario renunciar a una exposición exhaustiva de la totalidad del ordenamiento jurídico romano que, por otra parte, como todos sabemos, es el reflejo de la época en la cual el derecho romano era derecho vigente²⁶.

Al hacer esta propuesta tengo presente la advertencia que los estudiantes de Bourges dirigieron a Alciato, desilusionados por el hecho del regreso a la docencia conforme al mos italicus: *Legimus*

²⁵ Obviamente, la propuesta de adoptar la experiencia (jurisprudencial) romana como base para la formación implica, una vez más, un juicio positivo acerca de sus contenidos. No se trata de predicar, incurriendo en anacronía, la validez universal de *ratio scripta*, pero no se puede olvidar el juicio de quien observó «que les jurisconsultes anciens ont fait preuve, en rendant leurs opinions, d'un tel génie et d'une telle profondeur, que pour donner à leurs consultations la forme de démonstrations très certaines et presque mathématiques, il faut plutôt du travail pour les mettre en ordre que de l'ingéniosité pour les compléter» (trad. de G.W. Leibniz, *Doctrina conditionum*, Texte intégral, présenté, traduit et annoté par P. Boucher, s.l., 1998, p. 34). No se trata de una alabanza meramente formal; P. Boucher, en su prefacio, señala perspicazmente, que el método de Leibniz al delinear la teoría de las condiciones no persigue buscar una construcción inédita de «derecho natural», sino —en el sentido indicado en el breve pasaje citado— sistematizar los elementos de este derecho natural ya contenidos en el *Corpus Iuris*.

²⁶ Por otra parte, para liberarse del ansia de abarcar la totalidad del ordenamiento romano, basta considerar que, precisamente porque la dogmática pandectística se centró en el derecho justiniano y más concretamente sobre aquella parte que podía considerarse entonces como «actual», la exposición de los tratados pandectistas fue, también, selectiva y parcial respecto de la experiencia romana.

*apud Platonem, eos qui poetas interpretantur proximos calori poetarum accedere; cur tu, qui vetres jurisconsultos nobis exponis, quam simillimus illis esse non affectas? Quid absurdius quam eum qui optima quaeque in manibus habeas, non ea imitandum proponere?*²⁷.

8. Este modo de enseñar resulta ser, también, el más recomendable porque es el que mejor se corresponde con el modo en que se realiza la investigación, ya que no puede existir separación entre aquello que se estudia y aquello que se enseña. Es obvio que se debe calibrar el modo de exposición y el grado de complejidad, pero es evidente que un docente puede exponer a sus estudiantes sólo aquellos conocimientos que mantiene vivos gracias a la investigación. Lo que, trasladando el discurso al ámbito de «la selección», implica que los romanistas deben poseer la formación filológica indispensable para acceder con seguridad a los textos romanos así como a los griegos. La filología es el antídoto para los discursos apriorísticos.

Esta práctica —además de en experiencias destinadas a especialistas, como es el caso de la que desde el año 2003 se lleva a cabo en el CEDANT (Centro di Studi e Ricerche sui Diritti Antichi dell'Istituto Universitario di Studi Superiori di Pavia)— debería fomentarse, también, en el doctorado. A este fin se puede, eventualmente, aprovechar la posibilidad de colaborar (sin perder de vista los distintos perfiles disciplinares) en el seno de los cursos de doctorado, con doctorados humanísticos, para aportar aquellas enseñanzas de las que se carece en la formación de los doctorandos romanistas licenciados en Derecho, y que son instrumentos necesarios para quien quiera dedicarse a la investigación.

El impulso de los doctorados parece ser el verdadero remedio a los problemas de selección. El problema, de hecho, no es, o al menos no exclusivamente, que en los concursos se consoliden candidatos no cualificados, sino que no existan candidatos mejores. El remedio consistiría, precisamente, en que, contrastando las prácticas localistas de las Universidades (y completando las carencias en la enseñanza secundaria y en los cursos de licenciatura), se reduzca el número y se eleve el contenido formativo de los doctorados, haciendo una importante criba a través de la cual pasen los futuros estudiosos.

²⁷ Alciato, lett. 168 (ed. G.L. Barni, *Le lettere di Andrea Alciato giuriconsulto*, Firenze 1953, 251).

9. Ahora bien, el doctorado es para pocos. La incidencia sobre los juristas en formación se lleva a cabo, sin embargo, en un segundo nivel, aquel de la licenciatura, a la cual conviene trasladar este discurso. No pretendo, obviamente, que a través de la educación controversial aquí propuesta, esto es, a través de una enseñanza del derecho romano que hace revivir técnicamente la elaboración de los contenidos, se oriente de modo decisivo la cultura jurídica. Sería suficiente con que el curso de derecho romano permaneciese como un modelo latente, algo semejante a la «innutrition» de la que habla Montaigne (*Essais* II, XVII), en la consciencia del valor intrínseco de esta experiencia²⁸.

Junto a este valor, que es en mi opinión el más destacable y fundamental, existe otra razón que aconseja la presencia del derecho romano en la formación del jurista y, al mismo tiempo, sugiere una adecuación de su docencia: el *Corpus Iuris* es un elemento constitutivo del patrimonio lingüístico, expresivo y argumentativo de la cultura europea.

Se trata de un hecho reconocido que se hace visible en un cuadro de Guercino, recientemente expuesto al público italiano. Es el retrato de un jurista de principios del siglo XVII, quizá un práctico del derecho canónico identificado como Francesco Righetti di Cento. El jurista se hizo retratar al lado de su biblioteca, donde junto a la jurisprudencia rotal y a la *Practica criminalis* de Giulio Claro, resalta, en posición de honor, el *Codex Iustinianus* junto a las *Decretales*²⁹. Es el ejemplo visual de la presencia constante del *Corpus Iuris* en el canon textual de Occidente.

Se abren, así, muchas vías para poner de manifiesto la relevancia de este patrimonio cultural. Es, incluso, una responsabilidad de los cultivadores del derecho romano el esforzarse en hacerlo, pues esta relevancia no puede emerger sino a través de especialistas que desarrollen la indispensable mediación cultural.

²⁸ Por derecho clásico —subrayando la definición de «clásico» de August Boeckh— entendemos aquel derecho que cuanto más lo frecuentas, más te gusta; no siendo clásico aquel que, si bien también en un primer momento te interesa, tras una más atenta consideración, se envilece.

²⁹ Vid. la ficha de la obra redactada por D. Mahon, en *Il Ritratto interiore da Lotto a Pirandello*, a cargo de V. Sgarbi, Milano 2005, p. 193 nr. 15, también para la identificación del sujeto como Francesco Righetti (1595-1673); *ibid.*, p. 48-9 reproducción fotográfica.

Me limito a algunos ejemplos que, ciertamente, no agotan todas las posibilidades pero que corresponden a sectores que me parecen especialmente prometedores o que reflejan experiencias personales.

Pensemos en los derechos humanos, ya que son una parte determinante del *acquis* comunitario. ¿Qué contribución puede aportar al respecto el romanista? Ciertamente se puede buscar precedentes de los derechos humanos en la experiencia antigua, pero cualquiera nos podría imputar el intento de edulcorar la historia. No me parece, de hecho, que se recuerde con gusto (al menos por parte de los romanistas, se entiende) que el denostado *Code Noir* elaborado por Colbert para Luis XIV para regular la esclavitud en las Antillas, Guayana y Luisiana sea una fiel transcripción del derecho romano de la esclavitud³⁰.

Entiendo que un modo más acorde con las fuentes (según el criterio del kairón), para hacer sentir la relevancia del derecho romano en la elaboración de los derechos fundamentales, es el de reconducir los textos clásicos del iusnaturalismo y del constitucionalismo—desde la Segunda Escolástica española a Grocio, desde los ingleses a los racionalistas de la escuela de Pufendorf— dentro de la tradición de la cual tales textos son el resultado, cuando son esgrimidos, sin embargo, como cesuras. Para hacerlo serían necesarios, no obstante, comentarios adecuados. Que yo sepa, ni siquiera hay una versión reciente en italiano de los *De iure belli ac pacis libri tres* de Grocio³¹.

³⁰ Vid. el texto en *Codes noirs de l'esclavage aux abolitions*, intr. Chr. Taubira, en A. Castaldo, Paris 2006, 37 ss.

³¹ La importancia de la divulgación de las obras de Grocio es ampliamente reconocida por los editores extranjeros, si bien lo es menos por los italianos. A parte de la edición a cargo de Richard Tuck (Indianapolis, 2005), es digna de tener en consideración como modelo la accesible traducción francesa *Le droit de la guerre et de la paix*, de P. Pradier-Fodere, editada por D. Alland y S. Goyard-Fabre, Paris 1999. La obra está dentro del proyecto de divulgación *Thesaurus de Philosophie du Droit* promovido por el Institut Michel Villey, al que se debe también la publicación de la *Doctrina conditionum* de Leibniz (vid. *supra*, nt. 25). En italiano se dispone sólo de una selección (*I fondamenti del diritto. Antologia*, a cargo de Paola Negro, Napoli 1997) y de la reedición anastática de la traducción de 1777 *Il diritto della guerra e della pace di Ugone Grozio. Colle note dello stesso Autore, e di Giovanni Barbeyrac. Tradotto nell'idioma italiano dall'Avvocato*

La Sociedad italiana de historia del derecho podría promover un programa de traducciones y, sobre todo, de adecuados comentarios —desde la Segunda Escolástica (además de Francisco de Vitoria)³² con Domingo de Soto y Francisco Suárez, hasta Grocio y Pufendorf, a Leibniz y Barbeyrac— confiados a la supervisión de un romanista y de un historiador del derecho moderno. De este modo se lograría mostrar que la urdimbre de estos tratados, además de *La Política* de Aristóteles, del estoicismo y del tomismo, se nutre del derecho privado romano, que ha sido vehículo de conceptos y de disposiciones de naturaleza política (en particular, los modos de adquisición de la propiedad a título originario y la teoría de los pactos). Por otra parte, el historiador del derecho moderno podría poner de manifiesto las conexiones con las necesidades políticas coetáneas y las premisas culturales de estas actualizaciones.

Dispondremos, de este modo, de textos con los que proceder a la enseñanza para mostrar al constitucionalismo moderno la importancia de la herencia histórica. Sin olvidar que, *homo est homini lupus*, es un verso de Plauto y que, por otra parte, Cicerón y Livio transmitieron, también, a las revoluciones americana y francesa («que porta los ropajes de la antigüedad») la memoria indeleble de formas de gobierno no absolutas y no monárquicas³³.

napoletano D. Antonio Porpora, Napoli, Appresso Giuseppe De Dominicis, 1777, 3 Tomi. (reedición anastática con Introducción de Francesca Russo y Prólogo di Salvo Mastellone, Firenze, CET, 2002, 4 vol.).

³² Del que existe la bella traducción del *De iure belli*, a cargo de Carlo Galli, Roma Bari, 2005 así como *Relectio de indis. La questione degli indios*, Bari, 1996.

³³ Por otra parte, la función del derecho romano como suministrador de categorías puesta ya a disposición de los clásicos del constitucionalismo, ha sido redescubierta por los actuales filósofos de la política. Véase, por ejemplo G. Agamben, *Stato di eccezione*, Torino 2003, que halla el arquetipo del *Patriot Act* americano de 2001 en el *iustitium* y en el *senatus consultum ultimum*, y adopta, en función de categoría filosófica, también la noción de *auctoritas*. Otro ejemplo de cómo el pensamiento griego y romano alimenta las teorías políticas actuales es el libro del filósofo de Cambridge Raymond Geuss sobre la (oscilante) distinción entre público y privado que está a la base de la doctrina liberal de los límites de la intervención estatal (R. Geuss, *Beni pubblici, beni privati. Origine e significato di una distinzione*, trad. it., Roma 2005).

La herencia del iusnaturalismo es fecunda —y como tal debe ser cultivada— también en el campo del derecho internacional y del derecho privado (interno y transnacional), como las mismas manifestaciones de la más avanzada *jurisprudence* estadounidense están prestas a reconocer, probablemente con la mayor agudeza que su distancia les permite³⁴.

³⁴ «*Ius gentium* is still both an inspiration for domestic law and a guiding ideal for a uniform body of transnational law. A quick survey of modern scholarship reveals that experts believe that *ius gentium* affords a useful framework for thinking about such topics as data protection, anti-trust, and copyright. And even in strictly domestic cases something like *ius gentium* serves as a basis for solving otherwise intractable problems»: así J. Waldron, *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*, en *Harvard Law Review* 119 (2005) 135. Para el derecho internacional (público), basta mencionar a J. Rawls, *The Law of Peoples. With: The Idea of Public Reason Revisited*, Cambridge, Mass., 1999. Para el derecho privado «interno» vale la pena indicar aquí —reservándome la posibilidad de retornar sobre este tema con un comentario más amplio— que la sentencia *Riggs v. Palmer* [en *New York Reports* 115 (1889) 506], hecha célebre por haber sido insertada en la base de la reflexión de R. M. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge MA., 1977, individúa y aplica «máximas» pertenecientes al «universal law». En palabras del juez Earl: «No one shall be permitted to profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime. These maxims are dictated by public policy, have their foundation in universal law administered in all civilized countries, and have nowhere been superseded by statutes». Como cualquiera puede comprobar se trata de máximas correspondientes a principios del iusnaturalismo romano (así en Paul. 11 *ad ed.* D. 4.3.12: *ne ex dolo suo lucentur*). La sentencia *Riggs v. Palmer* afronta la cuestión de si ha de considerarse válido el legado supuesto a favor de un sujeto que ha dado muerte al testador para impedirle cambiar las disposiciones que le favorecían. En las motivaciones para negar la validez del legado (en ausencia de una previsión legislativa en tal sentido) el Tribunal de Apelación de New York invocaba, conscientemente, a la tradición civilística: «Under the civil law, evolved from the general principles of natural law and justice by many generations of jurisconsults, philosophers, and statesmen, one cannot take property by inheritance or will from an ancestor or benefactor whom he has murdered». El caso se ha convertido, como consecuencia del libro de Dworkin, en el emblema de los «hard cases» y su solución es a menudo considerada el banco de prueba de la concepción positivista del derecho (en el sentido de que, en el

En definitiva, el conocimiento del derecho romano es una clave para acceder a un archivo de ideas y de formas a las que no debemos en modo alguno renunciar. En el fondo, tener consciencia de la historicidad significa ser conscientes de que aquello que se transmite al futuro no proviene de nosotros mismos y de que, además, se posee sólo de un modo frágil y provisional. Ningún derecho puede reflexionar sobre sí mismo si no dispone de cualquier otra experiencia jurídica que le sirva de parangón, de contraste; para nosotros esa experiencia es el derecho romano.

10. Continuando en esta dirección, existe otro campo en la formación del jurista moderno en el cual el historiador dispone de instrumentos insustituibles. En la Facultad de Pavía, desde hace dos años, imparto un curso de «Lenguaje del derecho» junto con el catedrático de filosofía del derecho (A.G. Conte) y el de derecho civil (A. Belvedere).

La enseñanza del lenguaje jurídico (actual) es, desde distintos puntos de vista, un instrumento cualificado dentro de la oferta for-

supuesto de que se comparta la sentencia del Tribunal de Apelación de New York, se debe reconocer que las decisiones judiciales no se basan exclusivamente en la ley, ya que la ley no sancionaba la invalidez del legado dispuesto a favor del asesino del testador). Podría ser útil introducir en el debate el análisis del modo en el que este caso habría sido resuelto en el derecho romano. Merece la pena traer a colación —en un caso semejante, si bien referido a otra materia— la lapidaria decisión de Pomp. 15 *ad Sabinum* D. 24.3.10.1: *Si vir uxorem suam occiderit, dotis actionem heredibus uxoris dandam esse Proculus ait, et recte: non enim aequum est virum ob facinus suum dotem sperare lucrifacere. idemque et e contrario statuendum est* (cfr. Paul. *l.s. port. quae liberis damnatorum conc.* D.48.20.7.4). La *sententia* de Proculo y Pomponio (que anticipa la sentencia del juez Earl) muestra —en su brevedad— la plena integración de las consideraciones axiológicas en el razonamiento jurídico, sin que por ello viniese a menos la naturaleza técnico jurídica y racional. Para concluir sobre la posible función isagógica de la historia en los debates teóricos actuales: si una moderna teoría del derecho tiene la pretensión de aplicarse a una amplia o hasta universal gama de fenómenos jurídicos, entonces, los modos a través de los cuales, en otras experiencias históricas los mismos fenómenos han sido examinados, pueden ser relevantes para confirmar o rechazar la pretensión de una validez general de la teoría.

mativa. Confiere a los estudiantes un mayor dominio del repertorio técnico con el que habrán de expresarse. Allana el camino, en la Europa del multilinguismo, a los problemas de traducción³⁵. Aporta, además, mayor consistencia a la floreciente teoría de la escritura institucional³⁶.

Por otra parte, es una vía para contribuir con el propio bagaje de juristas a la historia de la propia lengua. Así, tal y como ha mostrado Piero Fiorelli, el lenguaje jurídico constituye un importante pilar de la lengua italiana desde el dictamen casinense del año 960 «*Sao ko kelle terre, per kelle fini que ki kontene ...*». Sobre todo, esta materia abre una vía para determinar, de forma adecuada, el peso de la tradición en la cultura jurídica actual, siendo el lenguaje del derecho, innegablemente, un producto de la historia y un elemento de su persistencia.

Otro campo prometedor es la teoría de la argumentación, dada la accesibilidad que los romanistas tienen a la retórica antigua (y, en efecto, se conocen ya experimentos, en particular de L. Lantella, R. Martini y U. Vincenti). En este ámbito la regla debería ser, también, el kairón, la adecuación. Esto es, el derecho no se reduce a mero discurso persuasivo, así como no es sólo mero enunciado normativo. El derecho es, también, conflicto de intereses, que implica el problema de la justicia. Planteada esta premisa —que desaconseja aportar a los discentes un simple repertorio de esquemas y topoi, como a menudo sucede en las escuelas de práctica jurídica, en la comúnmente denominada teoría de la argumentación— el enfoque exacto de las relaciones entre derecho y retórica se puede encontrar, una vez más, en el ámbito de los textos. Se abre aquí un prometedor campo de estudio que, paradójicamente, no obstante las largas e inacabadas disputas sobre la relación entre cultura griega y derecho romano, espera ahora ser cultivado. Disponemos de un rico y casi inexplorado patrimonio de declamaciones, en particular de Séneca padre y Quintiliano, o adscritas a Quintiliano. La *declamatio maior* XIII, por ejemplo, trata de la cuestión de si las abejas, libres de ir y venir a la colmena, pueden ser objeto de *dominium*.

³⁵ Es de todos conocida la anécdota acerca de cómo el traductor comunitario transforma el término inglés «transactions», que significa negocio, en «transazione».

³⁶ Acerca de lo cual, desde el punto de vista jurídico, vid. *I linguaggi delle istituzioni*, a cargo de Aldo Mazzacane, Napoli 2001.

Las fuentes jurídicas dejan constancia de que se trataba de un tema de *ius controversum*, y la *declamatio* muestra cómo esto fue debatido *ab utraque parte* en un proceso, con argumentos que respetan fielmente las *rationes* jurídicas y, al mismo tiempo, las enriquecen con ulteriores argumentos para hacerlas más persuasivas³⁷.

Para las declamaciones mayores de Quintiliano está en curso un proyecto internacional de edición y traducción bajo supervisión italiana. Es una pena que los romanistas hayan sido excluidos. Esta última consideración abre un nuevo capítulo con el que me dirijo hacia la conclusión.

En la búsqueda de nuevos horizontes no debemos dejar a otras disciplinas aquello que hasta hace muy pocas generaciones hemos cultivado con éxito; pienso especialmente en el derecho público romano³⁸, en el cual sobresalen estudiosos que no son juristas, como U. Laffi que prosigue la senda trazada por Plinio Fraccaro y Emilio Gabba. A este respecto es también floreciente la historiografía francesa y alemana. Afortunadamente, el derecho criminal es estudiado, todavía, gracias al impulso de Bernardo Santalucia. Es, sin embargo, alarmante que en las nuevas empresas de ediciones de textos —pienso en los *Roman Statutes* y también en la revisión de las *Leges publicae populi Romani* de Rotondi— no participen, sino de forma minoritaria, historiadores del derecho. Entretanto, las fuentes se han ido incrementando tal y como atestigua el reciente balance de documentos epigráficos elaborado por Jean-Louis Ferrary³⁹ y, convendría subrayarlo, para alimentar una investigación que, sin embargo, vuelve a gravitar, a menudo, sobre los mismos problemas, dejando vírgenes espacios

³⁷ Las opiniones en sentido contrario de Próculo y Celso son referidas por Coll. 12.7.10 Ulpianus 18 *ad edictum* = D. 41.2.3.16 Paulus 54 *ad edictum*; D. 41.1.5.5 Gaius 2 *rerum cottidianarum sive aureorum*; D. 10.2.8.1 Ulpianus 19 *ad edictum*; Varro *De re rustica*, 3.7.1. Una aportación mía acerca de este tema está en curso de publicación en las *Actas* «Cedant» 2005.

³⁸ Constituye un testimonio claro de la vitalidad de estos estudios la colección *Tradizione romanistica e Costituzione*, dirigida por L. Labruna, a cura di M. P. Baccari y C. Cascione, I-II, Napoli 2006.

³⁹ J.-L. Ferrary, *L'épigraphie juridique romaine: historiographie, bilan et perspectives*, en *Le monde romain à travers l'épigraphie: méthodes et pratiques*, a cargo de J. Desmulliez, Chr. Hoët-Van Cauwenberghe, Lille 2005, 35 y ss.

enteros⁴⁰. En particular, pienso en un proyecto de edición y comentario de las constituciones imperiales contenidas en material epigráfico y papirológico⁴¹.

⁴⁰ Un discurso a parte merece, sin embargo, la perspectiva del estudio del derecho romano «in context», esto es, el examen de las fuentes que parte de la idea de que el derecho es el reflejo de la realidad social (la comúnmente denominada «teoría del espejo», cuyo contrapunto está constituido, obviamente, por las teorías que predicán la autonomía del derecho). Esta perspectiva no supone, desde luego, una novedad, ya que —sin querer remontarnos al comentario de Godofredo al Teodosiano— ya la historiografía positivista ha aprovechado la capacidad informativa de las fuentes jurídicas y, más específicamente, el derecho romano ha servido de punto de partida a varios precursores y padres de la sociología (desde Montesquieu —del cual ahora la *Collectio juris*, Oxford 2005, revela el extraordinario trabajo analítico del *Corpus Iuris*— a Maine; desde Ihering a Weber y, sobre todo, a Eugen Erlich, el romanista austriaco padre de la sociología del derecho; acerca de esta genealogía está en proceso de elaboración un trabajo de Janne Polonen). Este enfoque experimenta actualmente un gran auge especialmente en los países (como Estados Unidos y el Reino Unido) menos ligados a la tradición jurídica civilística, por tanto, menos fieles a un estudio del derecho romano enfocado a los intereses del saber jurídico. La práctica de esta legítima perspectiva de estudio debe estar acompañada de las oportunas cautelas, a causa de la dudosa representatividad sociológica de las fuentes jurídicas romanas (las cuales eran redactadas con el objetivo de transmitir la *scientia iuris*) y, correlativamente, no puede prescindir de la comprensión de los contenidos técnico-jurídicos de las fuentes (lo que no parece respetado por ejemplo por E. Meyer, *Legitimacy and Law in the Roman World: Tabulae in Roman Belief and Practice*, Cambridge, 2004). No se puede tampoco ocultar —y es en cierto sentido una cuestión más grave, precisamente porque se refiere a la tendencia de estudio mayoritaria— que, a menudo, también quien practica el estudio del derecho romano con intereses específicamente jurídicos adopta, casi como si se tratase de un presupuesto elemental, la tesis de que el derecho es el espejo de la sociedad (romana) y que por tanto, el derecho romano ha de ser estudiado en el marco de las relaciones políticas, ideológicas y socioeconómicas. La visión sociológica, por tanto, es adoptada también por quien practica el enfoque jurídico, pero en general sin una verdadera profundización teórica en la naturaleza de la relación derecho-sociedad (vid. B.Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford 2001, 1 ss.).

⁴¹ Tras la celebración del Seminario he tenido noticia de que en Alemania se promoverá una iniciativa con este objetivo.

Se abre aquí el último filón que me permito señalar. El destino de la cultura en la sociedad de la información está ligado a la accesibilidad. Si un historiador puede acceder *on line* o vía *cd* a ciertos libros en vez de a otros, sus estudios e intereses estarán orientados en consecuencia. Estados Unidos e Inglaterra, además de influir en los modelos jurídicos actuales, acabarán por imponerse, también, retrospectivamente, en el pasado. Hace aproximadamente un año ha sido publicado un archivo *on line* titulado *The Making of Modern Law*, que presenta en texto completo cerca del 22.000 obras estadounidenses y británicas de relevancia jurídica, datadas entre 1800 y 1926. En Italia, donde con BIA e Fiuris habíamos iniciado la correcta senda, debemos retomarla y proceder en esta dirección. El patrimonio histórico de la nación, de la cual la historia jurídica e institucional constituye una parte importante, se tutela también así.

11. La enseñanza del derecho romano, en la doble perspectiva aquí delineada de elaboración jurídica y de llave de acceso a la tradición cultural, es uno de los componentes de la que hoy es considerada «educación liberal», entendida como educación superior, que se propone cultivar a la persona en su integridad para los fines de la ciudadanía y de la vida en general.

Precisamente, la trayectoria hacia una común ciudadanía europea plantea graves problemas, ya que se desenvuelve actualmente en dos sentidos opuestos. Por una parte, existe una tendencia a acentuar los perfiles tradicionales de Europa; razón por la cual existen numerosos libros que tratan de sus raíces. Por otra, se debe hacer frente al multiculturalismo, que se impone tanto por la ampliación de la Unión a Estados que no comparten un pasado común, como por la inmigración proveniente de otros continentes.

En este panorama, objetivamente cambiado, la Facultad de derecho tiene una particular responsabilidad en formar a los ciudadanos y, precisamente en este trance, la historia jurídica está investida de un importante papel. No sólo porque los comentaristas más atentos han reconocido el papel del derecho romano en la génesis de la morfología cultural de Europa⁴², sino, también,

⁴² Me refiero, en concreto, a Philippe Nemo (*vid.* Selección bibliográfica). La afirmación de la pertinencia, como presupuesto histórico, del

porque es la propia naturaleza de la enseñanza romanística la que puede situarlo a la altura de los deberes que ha de cumplir.

La verificación de las argumentaciones, según el proyecto didáctico aquí expuesto, ofrece la posibilidad de comprender los puntos de vista de cada uno en una sociedad pluralista. Además, posibilita el acceso, desde un punto de vista técnico, a la comprensión directa de un patrimonio de experiencias jurídicas, políticas y hasta literarias.

Puede parecer que deposito demasiadas expectativas en nuestra disciplina. Me amparo ahora, para concluir, en un pensamiento de Schelling en las *Vorlesungen über die Methode des akademischen Studiums*⁴³, en las que delinea los deberes del docente universitario: «Cuanto mayor sea el valor que un especialista atribuya a su disciplina, considerándola centro de todo el saber hasta convertirla en una realidad omnicomprensiva, en mayor medida logrará aproximarla a ese ideal. Por el contrario, cuanto menos universal considere este saber, sea consciente o inconscientemente, más próximo estará de vivirlo sólo como un medio... consecuencia ésta que debería repugnar a quien tenga estima de sí mismo. Esta mentalidad limitada viene acompañada, frecuentemente, de la ausencia de un interés real respecto de la ciencia que no sea el de procurarse un medio para alcanzar objetivos reales, externos».

Selección bibliográfica:

Me limito a indicar, acerca de algunos de los puntos más sobresalientes, las lecturas de fecha más reciente que me han resultado especialmente útiles.

Sobre el debate que siguió a la comunicación de la Comisión Europea sobre «Una mayor coherencia en el derecho contractual europeo» (68/2003):

derecho romano para la identidad europea es, sin embargo, un punto muy delicado, sea porque implica distinguir entre derecho romano y otras experiencias jurídicas sucesivas, sea porque la penetración del derecho romano fue generalmente diferenciada en distintas áreas; sobretodo los contornos de la Unión Europea no coinciden con las áreas en las que fue aplicado el derecho romano.

⁴³ Me he servido en esta ocasión de la edición italiana F. W. J. Schelling, *Lezioni sul metodo dello studio accademico*, a cargo de F. Palchetti, Firenze 1989, pp. 21 ss.

- M. Meli, M.R. Maugeri, *L'armonizzazione del diritto privato europeo. Il piano d'azione 2003*, Milano 2004 (especialmente el estudio de Chr. Joerges).
- S. Rodotà, *Il codice civile e il processo costituente europeo*, en *Rivista Critica Del Diritto Privato*, 23 (2005) 21-33.

Acerca de la estructura social de la memoria y la relación entre memoria (social) e identidad (en la dirección trazada por Maurice Halbwachs):

- P. Jedlowski, *Memoria, esperienza e modernità*, Milano 1989.
- E. Zerubavel, *Mappe del tempo. Memoria collettiva e costruzione sociale del passato*, Bologna 2005.
- F. Cassinari, *Tempo e identità. La dinamica di legittimazione nella storia e nel mito*, Milano 2005.

Sobre el derecho como campo social:

- P. Bourdeau, *The Force of Law: Towards a Sociology of the Juridical Field*, en *The Hastings Law Journal*, 38 (1987), 814-854.

Acerca del empleo del derecho romano como instrumento de modernización en oposición al Antiguo Régimen:

- M. Ascheri, *A Turning Point in the Civil-Law Tradition: from jus commune to Code Napoléon*, en *Tulane Law Review*, 1996, 1041 ss.

Para una crítica de la concepción postmoderna (especialmente estadounidense) del derecho como lenguaje y, en consecuencia, de la pretendida irreductibilidad del derecho a discurso racional, siendo sólo el fruto de interpretación variable determinada por el contexto:

- M. Barcellona, *Diritto e nihilismo: a proposito del pensiero giuridico postmoderno*, en *Rivista Critica Del Diritto Privato*, 23 (2005) 207-267.

Sobre la «génesis morfológica» de la cultura europea:

- R. Brague, *Il futuro dell'Occidente. Nel modello romano la salvezza dell'Europa*, Milano 1998.
- Ph. Nemo, *Che cos'è l'Occidente?* Soveria Mannelli, 2005. Es fuente perenne de inspiración Paul Valéry, *Variété* III, IV, V, Paris 2002.

Sobre la fortuna de la antigüedad en las doctrinas y praxis políticas:

- J. Haskins (cur.), *Renaissance Civic Humanism. Reappraisal and Reflections*, Cambridge 2000.

Sobre la cultura clásica en el educación actual:

- E. Romano, *L'antichità dopo la modernità. Costruzione e declino di un paradigma*, in *Storica* 3 (1997) 7-47.
- M. Nussbaum, *Coltivare l'umanità. I classici, il multiculturalismo, l'educazione contemporanea*, Roma, Carocci, 1999.
- Fr. Waquet, *Latino. L'impero di un segno (XVI-XX secolo)*, Milano 2004.
- *Die Kraft der Vergangenheit. La forza del passato. Mito e realtà della cultura classica*, a cargo de G. Ugolini, Hildesheim Zuerich New York, 2005 (especialmente los ensayos de A. Fritsch e T. Poiss).
- M. Bretone, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari 2004.

Dario Mantovani

Universidad de Pavía

[Traducción de Consuelo Carrasco García]